

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO

Presidente Emérito del Tribunal Constitucional
Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid

IGUALDAD TRIBUTARIA
Y TUTELA CONSTITUCIONAL.
UN ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA

(Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante
la ley del art. 14 CE: el problema del recurso
de amparo en materia tributaria)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO.....	9
§ 1. INTRODUCCIÓN	15

§ 2

1. La tutela constitucional: los límites de la jurisdicción constitucional de amparo: el ámbito objetivo del recurso de amparo en la protección de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC)	21
2. La tutela constitucional: el cauce procesal de la cuestión de inconstitucionalidad. Condiciones y requisitos.	31

§ 3

1. La estructura normativa de los principios constitucionales tributarios del art. 31.1 CE: apertura e indeterminación.....	41
2. El principio de igualdad tributaria y los problemas de su aplicación. La dificultad del juicio constitucional de igualdad. La libertad de configuración del legislador y los límites de la jurisdicción constitucional. El papel de la jurisprudencia.....	46

§ 4

- | | |
|---|-----|
| 1. Consecuencias para el Derecho Tributario de la delimitación constitucional del ámbito objetivo del recurso de amparo. La capacidad económica como medida de la igualdad tributaria..... | 73 |
| 2. El principio de igualdad y sus distintas proclamaciones en la Constitución: igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: la cuestión de la especificidad y autonomía de la igualdad tributaria..... | 81 |
| 3. Los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en la aplicación del principio general de igualdad. Características, elementos y requisitos del juicio de igualdad, con especial referencia a la materia tributaria..... | 94 |
| 4. Igualdad tributaria y recurso de amparo: el criterio del «enlace subsumible en el marco de sus preceptos [de la Sección 1.ª del Título I CE]»..... | 114 |

§ 5

- | | |
|--|-----|
| 1. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en recursos de amparo en materia de igualdad tributaria..... | 119 |
| 2. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la conexión de la igualdad ante la ley con la igualdad tributaria. El criterio de la naturaleza objetiva o subjetiva de la razón de la diferenciación.... | 167 |
| 3. Examen de la jurisprudencia en cuestiones y recursos de inconstitucionalidad..... | 174 |
| A) Igualdad tributaria en el IAE; exención tributaria de las Cajas de Ahorros; igualdad tributaria e imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF..... | 174 |
| B) Igualdad tributaria y tributación en el IRPF de rentas y cargas familiares en los distintos tipos o situaciones de familia | 185 |
| C) Igualdad tributaria y ventajas fiscales sólo a los residentes en territorios forales..... | 197 |
| D) Igualdad tributaria y tributación mínima de los incrementos irregulares de patrimonio en el IRPF. Igualdad tributaria y | |

	Pág.
tratamiento fiscal de las rentas irregulares del trabajo en el IRPF	209
E) Igualdad tributaria y ficción legal de ganancia patrimonial a título gratuito: el problema planteado por la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos.	221
§ 6. CONCLUSIÓN. EL PROBLEMA DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD TRIBUTARIA.....	231
ÍNDICE DE AUTORES.....	245

PRÓLOGO

Este libro es un ensayo sobre la aplicación del principio de igualdad tributaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular, aunque no únicamente, la recaída en recursos de amparo. Dado que nuestra Constitución, además de la enunciación del principio general de igualdad ante la ley, se refiere también, de manera específica, a la igualdad tributaria en el art. 31.1 CE, dicha aplicación ha resultado controvertida, sobre todo en las demandas de amparo constitucional, donde los ciudadanos, apelando directamente a la Constitución, invocan dicho precepto.

El Tribunal ha tratado de distinguir entre las diferenciaciones normativas por razones subjetivas o cualidades personales de los sujetos, a las que se refiere el art. 14 CE, y las contempladas en el art. 31.1 CE en relación con el principio de igualdad tributaria, basadas en razones objetivas atinentes a la renta, el patrimonio o el consumo como manifestaciones de riqueza o capacidad económica susceptible de imposición. Canon o paradigma un tanto sutil, no siempre fácil de discernir en la realidad práctica de los casos.

No resultan evidentes, en efecto, las razones dogmáticas o conceptuales en que se apoya tal distinción, aunque el propósito de este libro haya sido arrojar algo de luz al respecto a través de un examen minucioso de la casuística del Tribunal Constitucional en la aplicación de un concepto tan abierto como es el de la igualdad tributaria. Porque lo que separa la igualdad ante la ley y la igualdad tributaria no son muros estancos, sino membranas a través de las cuales se comunican ambas manifestaciones de la igualdad.

Desentrañar las razones de esta aplicación es, en esencia, el objeto de este trabajo.

El libro ha sido de elaboración lenta y pausada. Muchas veces lo he abandonado porque no acababa de satisfacerme el resultado, postergándolo para dedicarme a otras cosas o atender a otros compromisos, y otras tantas he vuelto de nuevo sobre él. Así, su elaboración se ha ido alargando en el tiempo —tal vez demasiado— y también en el espacio, con nuevos desarrollos que surgían del estudio de las resoluciones del Tribunal Constitucional o de la crítica de la doctrina. De esta manera el tema ha ido ganando en complejidad y extensión, ampliándose otro tanto su horizonte, más allá incluso de los límites inicialmente propuestos. Pero es momento ya de rematarlo poniéndole fin; no lo toques más «que así es la rosa», como suele decirse. Acaso haya ocasión en el futuro de volver sobre ello, si el tiempo y la salud lo permiten.

Pues, al cabo, no estoy de todo seguro de haber acertado a explicar dogmáticamente el sentido de la escisión de la igualdad en el texto constitucional, en los arts. 14 CE y 31.1 CE, de modo que el esfuerzo de reconstrucción conceptual de la igualdad tributaria desde la jurisprudencia constitucional, dada la laxitud de los cánones de control empleados, arroje algo de luz al respecto. Pero, como escribió MONTAIGNE en sus Ensayos, «sólo una flaqueza particular nos hace estar contentos con aquello que otros o nosotros mismos hemos encontrado en esta caza de conocimiento; otro más hábil no se dará por satisfecho. Siempre hay sitio para el siguiente, incluso para nosotros mismos, y camino por otro sitio».

Este libro no es un estudio sistemático de los problemas de la igualdad en nuestro ordenamiento tributario. Un propósito semejante ha estado fuera de la meta propuesta en este trabajo. Es, más modestamente, un estudio analítico y hasta donde he podido y sabido, crítico, sobre el alcance y límites de la recepción por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional de este principio básico del Estado de Derecho. En ese sentido, y aunque no responda exactamente a mi manera de entender el Derecho, en este caso el Derecho tributario constitucional (¿o Derecho constitucional tributario?) —personalmente creo que el Derecho no es (o no es sólo) lo que dicen los jueces y Tribunales de Justicia—, he de admitir que este trabajo pueda ser catalogado dentro de esa forma de positivismo jurídico que el profesor GOMES CANOTILHO ha criticado como «positivismo jurisprudencial», que parece reducir el Derecho a la exégesis de una colección de sentencias y autos que, no obstante la autoridad del Tribunal Constitucional, no siempre aparecen adornadas por la buena lógica de su argumentación o la claridad y limpieza en la construcción dogmática del razonamiento.

Porque es tarea ardua escribir sobre la igualdad tributaria; un tema insondable que inevitablemente lleva a preguntarse por los grandes problemas clásicos del Derecho tributario y de la ciencia de la Hacienda Pública,

siempre abiertos, siempre en cuestión, del justo reparto de las cargas fiscales; aspiración ideal de todo sistema tributario en un Estado democrático sujeto al imperio de la ley, no sólo en la definición de los principios básicos de su ordenamiento jurídico, sino, sobre todo, en su concreta aplicación práctica. La concepción del impuesto como deber constitucional y cívico (de solidaridad social, política y económica) de contribución al sostenimiento de los gastos públicos está inseparablemente unido a la idea de reparto igual o igual contribución («según sus haberes» o «según sus facultades», decían los textos liberales clásicos) como realización de la justicia en esta rama del Derecho. Y en este punto la capacidad económica es el criterio de medida para la realización de la justicia, para el justo reparto entre todos de la carga tributaria.

Es cierto que los problemas de la desigualdad de trato y discriminación en el Derecho tributario han ido generalmente asociados a la creciente instrumentalización de la legislación tributaria con finalidad extrafiscal, real o supuesta, como son la invención de tributos con diversos fines de política económica o social o las medidas de bonificación, exención, ayuda o estímulo fiscal.

Pero la discriminación tributaria puede producirse también —y en el presente trabajo se puede encontrar algún ejemplo— con la diversificación de los elementos de que se sirve el legislador para la cuantificación de la carga tributaria (integración de la base imponible y métodos indirectos o indiciarios de estimación, reducciones de todo tipo en la base imponible o deducciones en la cuota, tipos de gravamen reducidos, etc.) que a menudo encuentran una cómoda justificación constitucional en la protección de otros valores, derechos o bienes constitucionalmente protegidos o en la legítima libertad de configuración con que se desenvuelve el intervencionismo del legislador democrático en un Estado social de Derecho abierto al pluralismo de las opciones políticas que nuestra Constitución propugna. Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, en un párrafo que ya se ha hecho tópico, «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» y «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, FJ 7.º).

Esta contención o autorrestricción del Tribunal Constitucional es patente en materia tributaria cuando maneja una norma abierta de tanta fuerza expansiva como el principio de igualdad. El análisis detenido de la doctrina jurisprudencial que se expone en este trabajo ofrece muestras de esta cautela. El principio constitucional de igualdad —como ha escrito mi colega y

amigo el profesor de la Universidad de Bolonia Adriano DI PIETRO— no ha impedido al legislador tributario adoptar soluciones contrarias a la igualdad, tanto en la configuración de los impuestos como en las formas de su aplicación, con el fin de hacer más segura, más fácil o más rápida la recaudación de los tributos: bien mediante la técnica de la retención en la fuente de unas determinadas rentas pero no de otras; bien extendiendo la responsabilidad tributaria (incluso con carácter solidario) a personas ajenas a la realización del hecho imponible que guarden con éste alguna relación más o menos directa; bien sirviéndose de múltiples presunciones legales a favor de la Administración tributaria, o gravando de manera diferente a las plusvalías inmobiliarias y a las mobiliarias o a las rentas del capital respecto de las demás rentas, sean del trabajo o provenientes de una actividad económica profesional o empresarial, bien reconociendo efecto retroactivo a las modificaciones tributarias (por ej., de alícuotas de gravamen o de elementos integrantes de la base imponible dentro del periodo impositivo), o considerando fiscalmente desiguales situaciones que el legislador considera importantes desde el punto de vista de la imposición, etcétera.

Diferenciaciones que encuentran cobertura constitucional en los amplios márgenes de discrecionalidad que el Tribunal Constitucional reconoce al legislador o, sencillamente, en la actitud de deferencia hacia el legislador tributario por razón del particular interés público que persigue (el interés fiscal o interés financiero), considerando, por ejemplo, no homogéneas las situaciones fiscales sometidas a comparación aunque se refieran a un mismo grupo o categoría de contribuyentes y que se justifica «por simples razones de política financiera o de técnica tributaria».

La doctrina restrictiva del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo, ante la invocación directa de los ciudadanos del principio de igualdad tributaria, que tendremos ocasión de examinar detenidamente —sustentada, hay que decirlo, en el dato positivo de nuestra Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, acaso puede explicar en alguna medida nuestra más bien magra jurisprudencia en materia de igualdad tributaria, a diferencia de la de otros Tribunales Constitucionales europeos como el alemán o el italiano, expresiva tal vez de la debilidad de este principio constitucional en su aplicación efectiva en esta rama del Derecho público.

Creo haber examinado las resoluciones más significativas del Tribunal Constitucional en las que entra en juego el principio de igualdad tributaria, bien solo o conjuntamente con el de capacidad económica, en tanto éste es medida de la igualdad de la imposición. He dejado al margen de mi examen, sin embargo, porque excedía del objeto propuesto en este trabajo, el estudio singularizado y sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre

el principio de capacidad económica como criterio material de justicia tributaria. Ello habría exigido un esfuerzo mayor, abarcando algunas figuras importantes de nuestro sistema fiscal, y, sobre todo, un estudio dogmático sobre la capacidad económica como límite jurídico de la imposición, tema al que el profesor Carlos PALAO TABOADA, amigo y colega en la Universidad Autónoma de Madrid, ha dedicado muy buenas páginas. Pero eso habría desbordado el propósito de este trabajo, que es, como ya he dicho, bastante más modesto. Sin embargo, de alguna de ellas especialmente relevante, como la STC 194/2000, de 19 de julio, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, se hace particular reseña desde la perspectiva que aquí interesa, que es la del principio de igualdad tributaria.

Para terminar, quisiera añadir una última advertencia. La mención de los medios o procedimientos de tutela constitucional, de carácter meramente expositivo, tiene una finalidad propedéutica del objeto del presente estudio y se limita, por ello, a aquellos procesos, como el de amparo constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad, más directamente ligados a los procesos ordinarios en que son o han sido parte los ciudadanos y sus derechos e intereses legítimos; aunque también en ellos subyazca siempre el interés público general y la idea de defensa objetiva de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico y su supremacía frente a los actos de los poderes públicos, que trasciende los intereses o derechos particulares.

Se ha omitido, pues, una mención particularizada del recurso de inconstitucionalidad y sus requisitos formales: modo de iniciación del procedimiento, órganos legitimados para promoverlo [un sistema de numerus clausus, taxativo y riguroso, que deja sin derecho a accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos a título individual, pues la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional (STC 5/1981, FJ 3.º)] o el plazo para su ejercicio; aunque algunos de sus aspectos procesales, como por ejemplo el desistimiento como forma de terminación del proceso, presente perfiles ciertamente singulares cuando tras la controversia jurídica subyace, como a menudo acontece en la justicia constitucional, un conflicto político.

El trabajo individual pocas veces es un trabajo solitario y debe mucho a otras personas. El profesor Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, compañero y amigo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, leyó atentamente el manuscrito y me sugirió algunos cambios que han contribuido, creo, a mejorar el texto, aunque, desde luego, la responsabilidad

por los errores de juicio o las imprecisiones que puedan encontrarse en él es, naturalmente, sólo mía.

María RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, profesora contratada doctora en la Facultad, me ha ayudado en la realización de este trabajo; sin su estímulo y sus observaciones, siempre oportunas, acaso no lo habría concluido.

Al servicio de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UAM, al personal de la Biblioteca del Tribunal Constitucional y a Merche Marugán, que me han facilitado la tarea, siempre laboriosa, de reunir el material necesario, quiero expresarles, también, mi agradecimiento.

Dicho lo cual, dejo a los lectores la última palabra.

En Madrid y Cedeira, el Barral-Esteiro
Primavera-verano de 2010

§ 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es examinar, a la luz de la casuística del Tribunal Constitucional, el azaroso camino seguido por el principio de igualdad tributaria y explicar, en la medida de lo posible, sus vicisitudes en la suprema instancia del intérprete de la Constitución.

Aunque la posición del Tribunal Constitucional se encuentre sólidamente asentada en el dato positivo de la delimitación del ámbito objetivo del recurso de amparo en nuestra Constitución (art. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC) y en el hecho normativo de que, a diferencia de otras Constituciones, como la alemana, la nuestra enuncie de manera separada y en preceptos distintos el principio general de igualdad ante la ley y el principio de igualdad tributaria (art. 14 CE y art. 31.1 CE respectivamente), es, sin embargo, idea muy extendida entre nuestros estudiosos del Derecho tributario que la exclusión de la igualdad tributaria, y su correlato el principio de capacidad económica, de la tutela reforzada mediante el recurso, extraordinario y sumario, de amparo constitucional ha respondido, desde el primer momento, más a razones de oportunidad en su «política» jurisdiccional —evitar el desbordamiento de este recurso creado por la Constitución de 1978 y la segura avalancha de reclamaciones por posibles vulneraciones de los principios constitucionales de justicia tributaria (capacidad económica, igualdad tributaria, progresividad y no confiscatoriedad) cuya defensa y protección ha de buscarse a través de otros cauces procesales que la Constitución prevé, como el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad— que a una argumentada reflexión sobre el significado del principio de igualdad tributaria del art. 31.1 CE y su relación con el principio general de igualdad ante la ley del art. 14 CE.

El resultado ha sido una mayor debilidad de la tutela constitucional de los derechos del contribuyente frente a las vulneraciones de la capacidad

económica o de la igualdad tributaria atribuidas al legislador o a actos (acciones u omisiones) de los órganos de la Administración en aplicación de las leyes tributarias.

La doctrina ha reprochado al Tribunal Constitucional la ausencia de una argumentación sólidamente construida sobre el alcance y significación de la igualdad tributaria (y del concepto de capacidad económica, en tanto *medida de la igualdad*) dentro del principio general de igualdad ante la ley como premisa a la aplicación de los criterios de admisión del recurso de amparo en materia tributaria.

Puesto que el ámbito objetivo del recurso de amparo excluye los derechos constitucionales situados fuera de la sección 1.^a del capítulo II del Título primero de la Constitución (arts. 14 a 29, más el derecho a la objeción de conciencia que prevé el art. 30 respecto del servicio militar), se pregunta si no existen razones (conceptuales y prácticas) deducidas de la naturaleza, contenido y alcance de la igualdad tributaria y del concepto de capacidad económica del art. 31.1 CE que hubieran permitido extender, *por conexión*, el ámbito del recurso de amparo en el Derecho tributario para dar entrada a la tutela directa de la justicia fiscal, como ha acontecido con otros preceptos constitucionales en otros sectores del ordenamiento; o incluso, dentro de la misma materia tributaria, en las SSTC 209/1988 y 45/1989, en las que el Tribunal ha admitido que en materia tributaria el derecho a la igualdad jurídica del art. 14 CE no puede prescindir o desconectarse de los principios contemplados en el art. 31.1 CE, «cuyas determinaciones no pueden dejar de ser tenidas en cuenta»; llegando incluso a hablar del *derecho fundamental* de cada uno, sujeto pasivo del impuesto, a contribuir de acuerdo con su propia capacidad económica.

La cuestión, pues, es qué consecuencias jurídicas, dogmáticas y prácticas cabe extraer del dato positivo de las distintas proclamaciones que la Constitución contiene de la igualdad, sea como *valor superior*, como *derecho subjetivo* o como *principio*. Y más concretamente, la primera y primordial interrogante es si igualdad tributaria y principio general de igualdad ante la ley, reconocidos por la Constitución en artículos diferentes, el 31.1 y el 14 respectivamente, son expresión de un solo y único principio —con diversas especificaciones pero significado unívoco— y si, en consecuencia, existe entre ambos una intrínseca conexión y comunicabilidad de efectos, también en lo que respecta al ámbito objetivo del recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales.

¿La igualdad tributaria es un principio dotado de singularidad propia y significado autónomo o, por el contrario, es una mera especificación o concreción material del principio general de igualdad ante la ley?; y, en todo caso, ¿existe una perfecta comunicabilidad de efectos entre ambas pro-

clamaciones del derecho a la igualdad del art. 14 CE y la del art. 31.1 CE referida al sistema tributario?

El Tribunal Constitucional ha sostenido desde tempranas resoluciones de los primeros años 1980 (en Sentencias y Autos) la «singularidad» del principio de igualdad tributaria del art. 31.1 CE en tanto íntimamente enlazada con el concepto de capacidad económica y con la progresividad de la imposición, lo que impide que pueda ser «simplemente reconducida» a los términos de la igualdad formal del art. 14 CE.

La igualdad a que se refiere el art. 31.1 CE, en la medida en que tiene que ver con la justicia distributiva, más allá de la igualdad jurídica (*ante* la ley, frente a su aplicación y *en* la ley, frente a su contenido), atiende sobre todo a la igualdad sustancial o material (art. 9.2 CE), que aspira a lograrse mediante un sistema tributario justo que corrija las desigualdades reales que no resultan justificables desde los postulados del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución proclama en su art. 1.º

El presente trabajo es una reflexión sobre éstos y otros interrogantes que suscita la aplicación de los principios constitucionales de justicia tributaria, a través del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; principalmente, aunque no sólo, de la recaída en recursos de amparo.

El examen de la jurisprudencia constitucional nos muestra que el principio de igualdad en materia tributaria no puede subsumirse, sin más y con todas las consecuencias, en la igualdad jurídica o igualdad formal del art. 14 CE. Aunque, como se verá, dada la imbricación entre ambos preceptos, no siempre resultará tarea fácil separar con nitidez en la casuística constitucional cuándo estamos ante una vulneración de la igualdad tributaria —sólo reconducible al art. 31.1 CE— y cuándo ante un problema de igualdad formal en la ley o ante la ley, tributaria en este caso.

El Tribunal Constitucional, en una línea de jurisprudencia no exenta de alguna inflexión, parece orientarse por un criterio en apariencia sencillo, la naturaleza objetiva o subjetiva del elemento o razón de la diferenciación normativa: cuando la desigualdad se produce o se fundamenta exclusivamente en una diferenciación de índole subjetiva (cualidad de la persona, sus circunstancias o condiciones personales o familiares, «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social»), la vulneración se situará en el ámbito del art. 14 CE; por el contrario, cuando la razón de la desigualdad o diferenciación es una causa o elemento puramente objetivo (índices o manifestaciones de riqueza o capacidad económica, el patrimonio, la renta, el consumo...) habrá de subsumirse en el ámbito del art. 31.1 CE. La igualdad que aquí se predica se aplica solamente a aquellos supuestos en que ante iguales manifestaciones de riqueza o capacidad eco-

nómica la norma tributaria establece un diferente gravamen sin que exista una justificación objetiva y razonable.

Si bien, como se verá, en no pocos casos de la realidad práctica la sutil separación entre ambos preceptos constitucionales se difumina y tan rotunda línea de separación no resulta fácil de trazar, pues los elementos objetivos y subjetivos se mezclan y entrecruzan en la diferenciación normativa, con los lógicos problemas no ya en la aplicación del criterio de admisibilidad de los recursos de amparo que invocan una vulneración de la igualdad tributaria, sino en el entendimiento mismo del principio general de igualdad en el Derecho tributario¹.

El resultado es una línea jurisprudencial no siempre clara, en la que no es difícil advertir algún titubeo o vacilación del propio Tribunal Constitucional respecto del entendimiento, desde el punto de vista dogmático, del principio de igualdad tributaria.

Estas vacilaciones se deben tanto a la indeterminación y especial apertura del canon empleado (capacidad económica, igualdad) como a la deferencia, a veces excesiva, a la legítima libertad de opción del legislador en materia tributaria, que reduce el juicio de igualdad a un juicio de mínimos: el mero control de la arbitrariedad de la diferencia de trato por medio de un criterio tan lábil como el de *la razonabilidad*.

A la luz de la jurisprudencia constitucional, es posible que nuestro Tribunal Constitucional no haya colmado las aspiraciones depositadas en el texto constitucional para este sector del ordenamiento jurídico. La doctrina tributarista española, aún reconociendo su importante labor, ha reprochado a la jurisprudencia constitucional que, en contraste con una actitud incisiva (rompedora incluso) en la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos, donde el Tribunal ha llevado a cabo, con luces y sombras si se quiere, una labor verdaderamente transformadora de nuestro ordenamiento jurídico; en cambio, su labor en el campo financiero y tributario ha sido, en general, más modesta y su actitud cautelosa y a veces incluso de «*deferencia*» frente al legislador; sin que en el examen de aquellas normas tributarias que

¹ «Lo que sorprende —se pregunta el profesor CASADO OLLERO— es que el Tribunal todavía hoy continúe sin explicar cómo reconociendo que el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 CE “está, por así decir, explícitamente incorporado” al art. 31.1 CE (STC 45/1989, FJ 4.º 3), siendo la igualdad ante la ley una realidad “indisociable” de los principios de justicia tributaria, al ser el art. 31.1 una modulación del alcance del art. 14 (STC 209/1988, FJ 6.º, y 46/2000, FJ 4.º), termine diferenciando el ámbito del art. 14 y del art. 31.1 CE en atención al carácter subjetivo u objetivo de la razón determinante del tratamiento diferencial», cfr. G. CASADO OLLERO, «Deber de contribuir e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 1638.

introducen diferencias de trato entre las fuentes de renta o entre distintas situaciones subjetivas de los contribuyentes a efectos de la individualización e imputación de rentas, o entre los rendimientos provenientes de una misma fuente de renta (ATC 230/1984, FJ 1.º; STC 146/1994, FFJJ 3.º, 5.º C y 6.º; STC 214/1994, FJ 4.º C; STC 46/2000, FJ 6.º; ATC 245/2009, FJ 4.º) o las diferencias en el régimen legal de la tributación de las rentas y cargas de la familia (SSTC 47/2001, FFJJ 6.º y 7.º; 212/2001, FFJJ 4.º y 5.º; 21/2002, FFJJ 3.º y 4.º), que se quieren justificar por la necesidad de la lucha contra el fraude fiscal, la efectividad del deber de contribuir o en razones de política económica y social, el Tribunal Constitucional haya deducido de los principios constitucionales —particularmente de los de igualdad tributaria y capacidad económica— todas las potencialidades normativas que en ellos se contienen y que cabía esperar.

Se reprocha al Tribunal Constitucional la *vaguedad e indeterminación* en la concretización de los principios constitucionales tributarios (capacidad económica, igualdad tributaria, alcance no confiscatorio), a menudo con formulaciones, se dice, tautológicas y poco claras. Lo que hace de ellos conceptos de contenido aleatorio, impredecible, por lo que resultan conceptos inservibles e inoperantes jurídicamente.

El Tribunal Constitucional «no adopta una posición teórica definida sobre las relaciones entre los principios de igualdad y capacidad contributiva, sino que unas veces cabe entender que concibe el segundo como una concretización del primero, el desarrollo de la cual ha de realizarse con un método no axiomático, y otras más bien como un límite externo al principio de igualdad» (PALAO).

En fin, la falta de aquel «esfuerzo por una concreción material», que reclamaba Ernst BENDA, en la interpretación de las normas constitucionales tributarias.

Se critica al Tribunal Constitucional haber reducido el principio de igualdad tributaria a la interdicción de las diferenciaciones arbitrarias carentes de toda justificación objetiva, razonable y proporcionada, desligándola de su conexión con la capacidad económica; concepto que se ha *trivializado* hasta dejarlo vacío de contenido y desprovisto de sentido jurídico, más allá de supuestos hipotéticos y extremos de difícil reproducción en la vida real; debilitando, así, el control jurisdiccional de la ley respecto de la tributación según la capacidad económica, que aquí es medida de la igualdad o, lo que es lo mismo, de la justicia tributaria (CASADO OLLERO, HERRERA MOLINA).

Y se critica, en fin, la debilidad del principio de capacidad económica en su interpretación por el Tribunal Constitucional, al haberse entendido más en un sentido *negativo*, como límite mínimo (la existencia de una ma-

nifestación de riqueza, real o potencial) de la discrecionalidad del legislador tributario más allá del cual la imposición sería irrazonable o arbitraria, que en su sentido *positivo* de aptitud efectiva para contribuir. El principio de capacidad económica opera así, dentro de un juicio de razonabilidad, como un criterio de interdicción de la arbitrariedad más que como medida de justicia o de igualdad en el reparto de la carga tributaria.

Aunque, ciertamente, sería justo reconocer, con humildad, que desde la doctrina española no siempre hemos sabido prestar la ayuda debida, ofreciendo elaboraciones teóricas y conceptuales consistentes y seguras, acerca, por ejemplo, de qué sea en cada caso la capacidad económica como medida de la igualdad en Derecho tributario.

Es verdad que el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados ha de determinarse, primordialmente, a través de la creación jurisprudencial caso por caso. Pero ahí no puede darse por finalizada la tarea que incumbe al jurista. El Derecho no es sólo «lo que los Tribunales dicen que es»; y tampoco el Derecho que emana de la Constitución, aunque la frase resulte una cómoda y tópica manera de definir la ciencia jurídica, que, con variantes, ha servido también para otras ramas de las ciencias sociales. El razonamiento jurídico, del juez o del intérprete, cuando se trata de precisar el significado de un concepto, necesita apoyarse siempre *en lo que se sabe de él*. Y ahí, la doctrina académica tiene una indeclinable responsabilidad.

§ 2

1. LA TUTELA CONSTITUCIONAL: LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO: EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO DE AMPARO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ART. 53.2 CE Y ART. 41.1 LOTC)

Los derechos fundamentales no sólo contienen derechos subjetivos de los individuos, en cuanto garantizan en su ámbito vital un *status* jurídico a la libertad individual frente a las injerencias del poder público y que otorga a las personas un derecho de defensa y de resarcimiento frente al Estado, sino también principios objetivos básicos del ordenamiento constitucional. El carácter jurídico-objetivo de los derechos fundamentales significa que éstos son principios o valores superiores de todo el ordenamiento jurídico y son el fundamento del orden jurídico y político de la comunidad y que, como tales, suponen una obligación para el Estado de actuar positivamente (efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, organización, procedimientos, etc.) que incluso está obligado a facilitar ayudas o subvenciones, en determinados casos, para que los derechos fundamentales sean «reales y efectivos». Hay pues un doble carácter o dimensión —subjetivo y objetivo— de los derechos fundamentales que ha subrayado el Tribunal Constitucional (SSTC 28/1981, FJ 4.º, y 53/1885, FJ 4.º). De ahí el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales (SSTC 93/1984, FJ 6.º, 65/1983 y 159/1986).

El doble carácter de los derechos fundamentales se manifiesta en la doble faceta de la función que cumple también el recurso de amparo constitucional, «cuya finalidad esencial —ha dicho el Tribunal Constitucional en

la STC 1/1981, FJ 2.º, reiterándose en la STC 83/1982— es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades públicas cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio aparece también el de defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos»¹.

Al delimitar el ámbito del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha advertido, de manera reiterada, la limitación objetiva del recurso de amparo que no permite tutelar cosa distinta a los derechos fundamentales. De acuerdo con los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, la jurisdicción de amparo se ha configurado para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, además de la objeción de conciencia a que se refiere el art. 30.2 CE, a los que exclusivamente se circunscribe su ámbito, «pero no para la preservación de principios o normas constitucionales» (STC 120/1990, FJ 4.º) o la protección frente a «supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de los preceptos constitucionales» (STC 114/1995, FJ 2.º), si de ello no se deriva, a su vez, la vulneración de un derecho fundamental.

«El carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo —que se dirige únicamente a reparar o, en su caso, prevenir, lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales— impide que en este proceso se puedan efectuar juicios abstractos de inconstitucionalidad de normas o, en general, garantizar en abstracto la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución que recogen y garantizan derechos fundamentales; sin embargo, nada impide que una disposición legal pueda constituirse en el objeto de un recurso de amparo a través de la impugnación de un acto aplicativo suyo cuando la lesión derive, directa e inmediatamente, de la propia norma legal aplicada, en cuyo caso cabe plantear a través del recurso de amparo la eventual inconstitucionalidad de la ley [por ejemplo, SSTC 223/2001, FJ 7.º; 222/2004, FJ 3.º b), y 49/2005, FJ 2.º]» (más recientemente, por todas, STC 91/2007, FJ 2.º).

No basta, pues, la alegación de que los preceptos constitucionales en los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido errónea-

¹ P. HÄBERLE (*La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, trad. española, Dykinson, Madrid, 2003, en particular la parte III: «El doble carácter de los derechos fundamentales: su dimensión institucional y como derecho individual», pp. 71 y ss.) escribe: «Al modo del dios Jano, el doble carácter de los derechos fundamentales caracteriza su esencia. Ambos aspectos, el del derecho individual y el institucional, constituyen, en su conjunto, el “derecho fundamental”. Se fortalecen el uno al otro. Los derechos fundamentales, considerados desde el punto de vista de sus titulares, se manifiestan como derechos públicos subjetivos, y considerados a partir de las relaciones vitales se manifiestan como institutos. Poseen una impronta personal y otra objetivo-institucional». «La dimensión institucional de los derechos fundamentales —advierde HÄBERLE— no puede subordinarse ni contraponerse aisladamente a la dimensión individual, está en una relación recíproca y de paridad jerárquica. En los derechos fundamentales así entendidos se desarrolla la vida del individuo y de la colectividad».

mente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas dirigidas a reparar «infracciones de preceptos». La jurisdicción de amparo ha sido constituida para conocer «*sólo y exclusivamente* sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos» (SSTC 52/1992, FJ 1.º, y 167/1986, FJ 4.º).

Es importante recordar que el recurso de amparo constitucional *no es una tercera instancia revisora de las decisiones de los Juzgados y Tribunales* en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria. Aunque en ocasiones —la última y acaso la más clamorosa por las circunstancias concretas del caso, la STC 29/2008, de 20 de febrero, Sala 2.ª (caso «Los Albertos») — el propio Tribunal Constitucional no haya sido consecuente con esa afirmación, como acontece en la citada sentencia (que tiene su antecedente en la STC 63/2005, de 14 de marzo, también de la Sala 2.ª) al extender su control —con una doctrina muy discutible— a la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria por el Tribunal Supremo (respecto del cómputo del plazo de prescripción en materia penal y del momento en que dicho plazo se interrumpen) exigiendo al órgano judicial un «canon reforzado» o «razonabilidad reforzada de la motivación» deducible del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) cuando están en juego derechos fundamentales o un valor constitucional y, con especial relevancia, el derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17 CE: «Una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución (de la prescripción)», se afirma en la STC 29/2008, FJ 7.º «De manera que *no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal*», como ya se declaró en la STC 63/2005, FJ 3.º

La STC 29/2008 explica en qué consiste este novedoso canon creado por el Tribunal Constitucional, que viene a reservar para sí la última palabra en cualquier cuestión de legalidad ordinaria en que pueda verse involucrado un derecho fundamental, un principio o un valor constitucional: «este plus de motivación *que supone la tutela judicial reforzada en casos de implicación de un derecho fundamental hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo*, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, *pero que desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos*

fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas» (FJ 7.º).

«*Sólo esta interpretación (de la legalidad ordinaria) resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo especial de la pena... Cualquier otra interpretación permanecería, por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría con ello la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del ius puniendi por parte del Estado»*, se había afirmado con rotundidad en la STC 63/2005, FJ 5.º

Es difícil, dadas las circunstancias del caso, no ver en esta doctrina la expresión de un «imperialismo jurídico» en el modo de entender y ejercer su jurisdicción constitucional. La máxima canónica de los primeros años del Tribunal Constitucional de beligerancia y no neutralidad en la defensa de los derechos fundamentales, según la cual «nada de lo que concierna al ejercicio de los derechos que la Constitución les reconoce (a los ciudadanos) podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal» (STC 26/1981, FJ 14.º), que parece evocar reminiscencias de la Roma clásica (...«*et humani nihil a me alienum puto*», Terencio), parece haber sido llevada en este caso hasta su extremo más radical.

El voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 63/2005, discrepante sólo de la doctrina, que no del fallo, parece apuntar en ese sentido: «parto de un principio de autolimitación de nuestra función de enjuiciamiento, según la cual me parece inadecuado en línea de principio el comprometernos con la elaboración de doctrina sobre el sentido de las normas de legalidad ordinaria más allá de donde sea imprescindible por estrictas exigencias constitucionales».

El Tribunal Constitucional ha dado al derecho fundamental del art. 24.1 CE (que las resoluciones judiciales estén debidamente razonadas, basadas en una argumentación que no sea *arbitraria*, ni *manifiestamente irrazonable* ni incurra en *error patente*) una amplitud tal que en la actualidad casi no existe ámbito de la legalidad ordinaria (especialmente en materia penal), sea sustantivo o procesal, en la medida en que ello afecta directamente a otros derechos o bienes protegidos constitucionalmente, cuya selección, interpretación y aplicación al caso por los Tribunales ordinarios quede sustraído, por razón de su materia, al control constitucional. Control que opera en nuestro ordenamiento como una especie de control universal de carácter residual —una suerte de «casación universal»—, contribuyendo así al desbordamiento de la jurisdicción constitucional de amparo en la tutela de los derechos fundamentales. No se trata ya de si la interpretación realizada por

los órganos judiciales está amparada por la norma legal aplicable, sino de sí, a juicio del Tribunal Constitucional, es la mejor interpretación posible. Con lo cual, en la práctica, éste se reserva siempre la última palabra en la interpretación y aplicación *de la legalidad ordinaria*.

La consecuencia, desde la perspectiva más general de la organización de los poderes del Estado y la división de sus funciones respectivas, es que «al extender la jurisdicción constitucional a todo el ordenamiento jurídico, deja prácticamente sin contenido el art. 123 CE. Si el Tribunal Constitucional puede enjuiciar *toda* aplicación del Derecho no constitucional y los métodos científicamente admisibles empleados por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas del Derecho ordinario, cuya constitucionalidad como tales no es cuestionada, es evidente que éste deja de ser el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que proclama la Constitución» (E. BACIGALUPO).

El Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada que «la interpretación y aplicación judicial de la legalidad ordinaria tan sólo puede ser objeto de recurso de amparo cuando produzca *directamente* una vulneración de los derechos fundamentales de contenido sustantivo consagrados en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, o cuando conculque directamente algunos de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el art. 24 CE, como son el acceso a la jurisdicción, las garantías procesales, la obtención de una resolución fundada en derecho o la ejecución de lo resuelto. Este Tribunal, que no es un órgano de revisión, no puede entrar en el conocimiento y corrección de los hipotéticos errores que hayan podido cometer los tribunales ordinarios al resolver cuestiones de mera legalidad... El recurso de amparo, que no constituye una tercera instancia dentro de la jurisdicción ordinaria, no puede revisar las resoluciones judiciales a las que no se impute la violación directa de derechos constitucionales susceptibles de amparo, sino simples errores de hecho o de interpretación y aplicación de la legalidad con la pretensión de que como tales, por el simple hecho de haber interpretado incorrectamente esa legalidad, ya producen automáticamente una violación, digamos indirecta, de los referentes derechos fundamentales» (STC 46/1983, AATC 372/1984, 104/1985 y ATC 151/1993, entre otras).

«En pocas palabras —como ha dicho el propio Tribunal Constitucional (STC 114/1995, FJ 2.º)—, *el recurso de amparo no es una casación en interés de ley*».

En definitiva, para acceder al recurso de amparo ha de tratarse de *concretas y efectivas* vulneraciones de alguno de los derechos y libertades fundamentales a que se refieren los arts. 14 a 30 de la Constitución, sin que quepa la simple alegación de la supuesta contradicción del acto impugnado con algún valor o principio general deducible del texto constitucional, ya

que éstos sólo podrán traerse a colación en la medida en que aparezcan sancionados, con el alcance y límites con que lo sean, por alguno de dichos preceptos constitucionales.

Ese carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo impide que este proceso pueda ser considerado una vía adecuada para realizar el control *abstracto* de la constitucionalidad de ninguna clase de normas. Para que una disposición de carácter general pueda constituirse en objeto de un recurso de amparo es necesario que o bien medie un acto aplicativo de la misma o bien que la lesión constitucional derive directa e inmediatamente de la propia norma reglamentaria (por todas, entre las más recientes, STC 54/2006, FJ 3.º).

El correcto entendimiento de su jurisdicción de amparo por parte del Tribunal Constitucional y de los límites que resultan del modelo de jurisdicción constitucional de amparo previsto en los arts. 53.2 y 161.1.b) CE, esto es, como una jurisdicción tuteladora de derechos (y sólo de los derechos fundamentales) y *no como garante de la pureza de la aplicación de los preceptos constitucionales*, tiene importantes consecuencias en el ámbito tributario, como seguidamente veremos, al dejar fuera del ámbito objetivo de su tutela los principios constitucionales en materia tributaria que se enuncian en el art. 31 CE, pero conviene recordar «que son las queridas por la Constitución», como se dijo con cierto énfasis en la STC 114/1995, FJ 2.º

El acceso al recurso de amparo se verá, sin embargo, notablemente dificultado después de la reciente reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que introduce importantes modificaciones en la fase de admisión del recurso de amparo para agilizar su tramitación e intentar contener la creciente avalancha de recursos, que amenaza con colapsar al Tribunal Constitucional por un uso abusivo del amparo constitucional. Después de esta reforma, se dice, el Tribunal Constitucional ya no será primordialmente un Tribunal de amparo, sino un Tribunal de control de normas y de resolución de conflictos territoriales de competencias².

Las modificaciones, sin duda importantes, en línea con las reformas del amparo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, se centran, en lo que ahora nos importa, esencialmente en dos aspectos: *invertir el juicio de admisibilidad* y sobre todo *objetivar el amparo constitucional*:

² Cfr. M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, pp. 11-43; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007, pp. 11-62; J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Requiem por el recurso de amparo», en *La Ley*, año XXX, núm. 7.120, febrero de 2009; F. J. MATÍA PORTILLA, «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto 2009, p. 34; L. BACHMAIER WINTER, «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6.775, septiembre de 2007.

— Imposición de requisitos sustantivos al contenido de las demandas de amparo, con la especial exigencia de «justificar la especial trascendencia constitucional del recurso» (art. 49 LOTC). Se produce una *inversión* del juicio de admisibilidad que de comprobar la inexistencia de una causa de inadmisión pasa a convertirse en la *verificación de la existencia* de una «especial trascendencia constitucional».

— Reforma de los criterios de admisión: formulación en positivo (y no en negativo, como hasta ahora) de los requisitos de admisibilidad del amparo y el desplazamiento al recurrente de la carga de demostrar «la especial trascendencia constitucional» del recurso de amparo: «solamente cuando concurren *todos* los siguientes requisitos» (art. 50.1 LOTC):

«a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los arts. 41 a 46 y 49.

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de la especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

— Exigencia de la unanimidad para la admisión a trámite de los recursos de amparo (art. 50.2 LOTC).

— Atribución a las secciones y no únicamente a la sala el conocimiento de los recursos de amparo (art. 48 LOTC).

La justificación de la *especial trascendencia constitucional* se convierte en el requisito de inexcusable exigencia para el recurrente y, por tanto, «insubsanable».

Razonar sobre la especial trascendencia constitucional no es lo mismo que razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, por lo que el cambio no es sólo puramente formal, sino también sustantivo.

En la doctrina del Derecho procesal suele entenderse, como regla general, que son indefectiblemente insubsanables únicamente aquellos presupuestos del proceso o del recurso cuya subsanación comportaría la infracción de una norma de orden público y de valoración objetiva, pero todos los demás condicionantes de la admisión de la demanda, en línea de principio, podrían ser subsanados si no atentan a norma o valor relevante alguno.

La doctrina del Tribunal Constitucional, al interpretar esta reforma de la LOTC, entiende que dicha exigencia es insubsanable «porque afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo o a su sustrato material» (AATC 188/2008 y 289/2008 y STC 155/2009). En opinión de J. GARBERÍ, «Con ello, y en aras de salvaguardar un valor menor (el aluvión de demandas de amparo), el amparo constitucional previsto en el art. 53 CE deja de ser un instrumento válido para la preservación y restablecimiento de las lesiones de los derechos fundamentales,

para convertirse en un mecanismo procesal decorativo, puramente retórico, del que los magistrados harán un uso puntual cuando subjetivamente así o consideren oportuno».

La vulneración de un derecho fundamental será una condición necesaria *pero no suficiente*, por sí sola, para admitir o en su caso otorgar el amparo. Se exige *además* la «especial trascendencia constitucional» cuya justificación «expresa», en el escrito de demanda es carga inexcusable del recurrente.

Resulta controvertido si con esta reforma se ha eliminado por completo la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo de un significado objetivo.

Se pretende que la función de tutela de los derechos fundamentales que de confiada, de manera general, *a la Jurisdicción ordinaria* (al reducirse el recurso de amparo a su dimensión objetiva), recuperando ésta, así, su función primordial de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos (y no sólo una función ancilar y subordinada como hasta ahora); superándose los originarios recelos hacia la justicia ordinaria —muy presentes en los años de la transición política— como garante de los derechos y libertades fundamentales.

«El amparo-tutela se transforma en un amparo-control», afirma M. ARAGÓN: «cuando el Tribunal Constitucional estime un recurso de amparo es obvio que estará otorgando la tutela del derecho vulnerado; lo que sucede es que dicha tutela ya no estará únicamente vinculada, como hasta antes de la reforma, a que se haya producido la lesión subjetiva del derecho, sino que sólo se otorgará si a esa lesión subjetiva se une un indispensable requisito objetivo. Que el problema planteado posea una especial relevancia constitucional». «Eso significa que el amparo ya no tiene como “finalidad” la tutela, aunque esa tutela, como es obvio, pueda obtenerse como “resultado”».

Pero ¿cabe la «objetivación» *absoluta* del recurso de amparo cuando la propia Constitución lo configura como un mecanismo para la tutela *subjetiva* de determinados derechos constitucionales (los contenidos en los arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30)?, ¿no supone eso una *desnaturalización* del recurso de amparo como instrumento de tutela de los derechos fundamentales que el texto de la reforma de la LOTC no permite sustentar en términos tan radicales: por ejemplo, la LOTC no dice que el requisito del deber de justificar la especial trascendencia constitucional sea de naturaleza sustantiva y que su incumplimiento vicie la demanda de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*?

Es significativo que el propio Tribunal Constitucional al subrayar la trascendencia de la reforma del amparo frente a la configuración anterior (orientada primordialmente a reparar las lesiones de derechos fundamentales), por virtud de la cual «la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pú-

blica tutelable en amparo *ya no será por sí sola suficiente* para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», se vea en la necesidad de advertir que «el recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales» (STC 155/2009, FJ 2.º, párrafo 1.º).

«De esta forma se configura por el legislador de la LOTC un sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado ante todo a los jueces y tribunales, como guardianes naturales y primeros (pero no únicos) de dichos derechos, a los que se confiere un mayor protagonismo con la ampliación del “incidente de nulidad de actuaciones”, y culminado por el Tribunal Constitucional, que, además de garante último, es su máximo intérprete» (STC 155/2009, FJ 2.º, párrafo 1.º).

El voto particular discrepante del magistrado Eugenio Gay Montalvo a la STC 155/2009 pone de relieve, creo que acertadamente, las dificultades para poder afirmar «que el amparo elimina su dimensión subjetiva para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo», como sostiene M. ARAGÓN REYES, pues sin perjuicio de la denominada dimensión objetiva, *la tutela subjetiva* es consustancial al recurso de amparo.

El enunciado del nuevo art. 50 LOTC sobre los requisitos de admisión del recurso de amparo y el concepto de «especial trascendencia constitucional» es, desde luego, lo bastante genérico, ambiguo e indeterminado como para permitir al Tribunal Constitucional, a la hora de interpretarlo, un margen de libertad tan amplio que equivalga en la práctica a un «*writ of certiorari*» como el del Tribunal Supremo norteamericano, que deje en manos del Tribunal la *libre* decisión sobre la elección de los asuntos a examinar en función de criterios de oportunidad.

¿Con qué criterios y con qué rigor aplicará el Tribunal Constitucional esta apertura a la «objetivación» del amparo constitucional?

Todo dependerá de la coherencia con que el propio Tribunal aplique los nuevos requisitos del amparo. La formación del criterio del Tribunal y su clara explicitación, avanzada inicialmente en los AATC 188/2008 y 289/2009, ha cristalizado en la reciente STC 155/2009, FJ 2.º, párrafo 6.º, que lo formula de la siguiente manera:

1. «Que se plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional» (supuesto, ciertamente, raro a la vista de la ya copiosísima jurisprudencia de amparo y lo escasos que en ella son los asuntos novedosos).
2. «Que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina».
3. «Cuando la violación del derecho fundamental provenga de la ley o de otra disposición de carácter general» (el amparo frente a leyes).